

RECHT

Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen auf dem Prüfstand – zum Leitfaden 2010

Janko Geßner

Die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen ist für viele Energieversorgungsunternehmen und Kommunen derzeit ein besonderes aktuelles Thema. Es geht um die örtlichen Wegerechte und damit um die Frage, wer örtlicher Strom- bzw. Gasverteilnetzbetreiber ist. Ein Großteil der bundesweit ca. 20 000 Konzessionsverträge für Strom und Gas wird in den nächsten Jahren auslaufen. Die Neuvergabe der Strom- und Gaskonzessionen besitzt daher Brisanz, zahlreiche Einzelfragen sind rechtlich umstritten. Die vorhandenen Regelungen in § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) zur Konzessionsvergabe und zur anschließenden Verteilernetzüberlassung werden auch in der Praxis als unvollständig angesehen. Ein vom Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur Ende 2010 veröffentlichter Leitfaden soll deshalb als Orientierungshilfe für Gemeinden und Unternehmen dienen.

Um den betroffenen Unternehmen und Gemeinden eine Orientierungshilfe zu geben, haben Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur am 15.12.2010 einen gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zur Netzüberlassung veröffentlicht. Dieser Leitfaden mit seinem kartellrechtlichen und energiewirtschaftsrechtlichen Teil wird von erheblicher praktischer Bedeutung sein, da in ihm einige höchstrichterlich noch nicht entschiedene Rechtsfragen aus Sicht der Behörden beantwortet werden.

Der Leitfaden gliedert sich im Wesentlichen in drei Teile, in denen es um Zuständigkeitsfragen, um die Anforderungen an die Konzessionsvergabe aus kartell- und vergaberechtlicher Sicht sowie um energiewirtschaftsrechtliche Einzelfragen zu § 46 EnWG geht. Nach seinem eigenen Anspruch soll der Leitfaden Auslegungs- und Anwendungshilfe für die beteiligten Akteure, also Gemeinden, kommunale Unternehmen und überregional tätige Energieversorgungsunternehmen sein. Viele Fragen beim Neuabschluss von Konzessionsverträgen sind aus Sicht von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt in der Rechtsprechung noch nicht entschieden und haben zunehmend Beschwerden oder Anfragen bei den Behörden hervorgerufen. Der Leitfaden soll dazu beitragen, solche Konflikte künftig zu vermeiden.

Zuständigkeitsfragen

Der Leitfaden befasst sich zunächst mit der Zuständigkeit bei Streitigkeiten über die Konzessionsvergabe bzw. die gegenseitigen Rechte und Pflichten. Insbesondere geht es um die aufsichtsbehördlichen Zuständigkeiten für die Überwachung des in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsrechtes. Aufgrund der teilweise überschneidenden Befugnisse von Bundesnetzagentur und Kartellbehörden bedurfte es hier einer Klarstellung. Nach dem Leitfaden [1] ist die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur erst dann gegeben, wenn der Konzessionsvertrag bereits abgeschlossen wurde. Erst dann können regulierungsrechtliche Streitigkeiten entstehen, für die die Bundesnetzagentur zuständig ist. Dagegen betrifft die Zuständigkeit der Kartellbehörden insbesondere die diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Vergabe der Konzession durch die Gemeinde, also das Stadium vor Abschluss des neuen Konzessionsvertrages. Hingewiesen wird im Leitfaden auch darauf, dass die Verfahrenseinleitung und die Auswahl der ggf. zu erlassenen Maßnahmen im Ermessen der jeweiligen Behörde stehen [2].



Der Leitfaden 2010 schafft Klarheit bei einigen, aber leider nicht allen wichtigen Fragen
Foto: Getty Images

Ob eine solche gesplante Zuständigkeit zweckmäßig ist, mag bezweifelt werden. Sie entspricht freilich der derzeit geltenden Rechtslage. Sinnvoll wäre allerdings eine Erweiterung der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur auch auf das eigentliche Konzessionsvergabeverfahren nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages. Auch in dieser Phase dürften sich Fragen stellen bzw. bereits Zwangspunkte gesetzt werden, die Auswirkungen auf Art und Ausmaß etwaiger regulierungsrechtlicher Streitigkeiten nach Vertragsabschluss haben und daher in engem Sachzusammenhang stehen.

Kartell- und vergaberechtliche Aussagen

In seinem kartell- und vergaberechtlichen Teil verweist der Leitfaden zunächst darauf, dass das Vergaberecht auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG nicht anwendbar ist. Konzessionsverträge stellen keine öffentlichen Aufträge dar.

Ungeachtet dessen geht der Leitfaden davon aus, dass Gemeinden bei der Konzessionsvergabe die allgemeinen, aus vorrangigem europäischem Recht folgenden Vergabeprinzipien zu beachten haben. Zwar lässt der Leitfaden offen, ob es sich bei der Konzessionsvergabe

um eine sog. Dienstleistungskonzession handelt, bei der zwar kein förmliches Vergabeverfahren, aber ein transparentes, diskriminierungsfreies Auswahlverfahren stattzufinden hat [3]. Jedenfalls aus § 46 Abs. 2, 3 EnWG soll sich aber die Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens ergeben, denn Gemeinden sind bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt. Da die Entscheidung über die Neuvergabe der Konzessionen nach § 46 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zusteht, ist sie in Bezug auf die örtlichen Konzessionen absolut marktbeherrschend und damit dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie dem Diskriminierungsverbot unterworfen [4]. Die Kommunen sind daher verpflichtet, ein wettbewerblich ausgestaltetes Verfahren durchzuführen. Auch aus kommunalrechtlicher Sicht muss ein solches Auswahlverfahren stattfinden.

Konkret heißt dies, dass die Gemeinde ihre Absicht zur Neuvergabe in geeigneter Form bekanntzugeben hat [5] sowie die Vergabe transparent und nicht diskriminierend durchzuführen ist. Dazu gehört, dass die Auswahlentscheidung der Gemeinde begründet werden muss.

Die Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz aufweisen. In Betracht kommen neben den Regelungen der KAV auch Kriterien zum konzessionierten Netz. Damit geht es z. B. um die Höhe der Konzessionsabgaben, den Kommunalrabatt, sonstige Leistungen, Folgepflichten und Folgekosten, die Durchführung von Investitionen etc.

Datenkatalog für das Auswahlverfahren und Informationsansprüche

Der Leitfaden führt zudem einen Katalog von Daten auf, die nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur im Rahmen eines ordnungsgemäßen Konzessionsvergabeverfahrens allen Bietern transparent mitzuteilen sind [6]. Diese Daten ermöglichen erst eine ordnungsgemäße Kalkulation und sind damit Grundlage für indikative Angebote der Unternehmen.

Den in der Praxis anzutreffenden Einwand des Altkonzessionärs, die Herausgabe der Daten verstoße gegen die informatorische Entflechtung und sei daher rechtlich unmöglich, halten die Behörden für unbegründet. Die Verweigerung der Herausgabe durch den Altkonzessionär kann, so der Leitfaden, sogar Anlass zur kartellrechtlichen Prüfung einer Druckausübung auf die Gemeinde sein und die Herausgabe daher ggf. kartellrechtlich erzwungen werden. In praktischer Hinsicht empfehlen Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, einen entsprechenden Auskunftsanspruch in neu abgeschlossenen Konzessionsverträgen ausdrücklich aufzunehmen.

Energiewirtschaftsrechtliche Themen des Leitfadens

Auch der energiewirtschaftsrechtliche Teil des Leitfadens setzt einige Ausrufezeichen. Er behandelt praktisch bedeutsame Themen der Netzüberlassung und der Informationsgewinnung. Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist der Altkonzessionär verpflichtet, seine für

den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Ob dieser Überlassungsanspruch auf eine Eigentumsübertragung gerichtet ist oder eine bloße Besitzrechtsverschaffung ausreicht, ist bisher nicht geklärt und wird auch im Leitfaden offen gelassen. Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass die bloße Besitzrechtsverschaffung etwa durch Verpachtung zur Erfüllung des gesetzlichen Anspruches ausreicht [7]. Eine darüber hinausgehende Eigentumsverschaffung sei auf freiwilliger Basis möglich. Das Bundeskartellamt dagegen hält eine Übereignung zur Erfüllung des gesetzlichen Anspruches für erforderlich. Einigkeit besteht zwischen den Behörden insoweit nur in der Empfehlung, dass eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert erscheint und in neu abzuschließenden Konzessionsverträgen dringend ein Anspruch auf Eigentumsübertragung vereinbart werden sollte.

Mehr Klarheit schafft der Leitfaden in der Frage des Anspruchsumfanges, d. h. welche Verteilungsanlagen dem Neukonzessionär konkret zu überlassen sind. Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt gehen davon aus, dass der gesetzliche Anspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG regelmäßig auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet gelegener Anlagen des Verteilernetzes gerichtet ist, mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben. Ein Anspruch besteht daher auch für die sog. gemischt genutzten Energieleitungen (multifunktionale Leitungen), die sowohl der Versorgung von Netzverbrauchern im Gemeindegebiet als auch einem darüber hinausgehenden Zweck wie bspw. dem überörtlichen Energietransport dienen [8]. Die für die Netzüberlassung erforderlichen „Entflechtungsmaßnahmen“ erfordern keine galvanische Trennung, sondern eine messtechnische Lösung wird als ausreichend angesehen [9].

Der Leitfaden bringt Klarheit auch in der praktisch bedeutsamen Frage nach der angemessenen Vergütung für die Überlassung des Netzes im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur bestätigen, dass die „Kaufering“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [10] weiterhin anwendbar ist. Danach ist eine Bestimmung des Netzkaufpreises durch den Sachzeitwert nicht zulässig, wenn dieser den Ertragswert erheblich übersteigt. Der Ertragswert entfaltet insoweit eine begrenzendende Wirkung. Er wird wiederum maßgeblich durch die Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV bestimmt. Der kalkulatorische Restwert ist damit eine maßgebliche Eingangsgröße zur Ermittlung des Netzkaufpreises bzw. Pachtzinses. Eine Vergütung, die den auf Basis des um Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bereinigten kalkulatorischen Restwerts bestimmten Ertragswert erheblich übersteigt, ist unangemessen. Endschaftsklauseln, die stets den Sachzeitwert als Bewertungsmaßstab festschreiben, sind daher unwirksam [11].

Breiten Raum nehmen die Informationsansprüche von Gemeinden und Neukonzessionär gegen den Altkonzessionär im Leitfaden ein [12]. Dabei geht es nicht nur um Daten, die zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens benötigt werden, sondern auch um die Daten für die endgültige Netzübernahme. Ein Anspruch gegen den Altkonzessionär vor bzw. zu Beginn des

RECHT

Auswahlverfahrens auf Mitteilung der für das Konzessionsvergabeverfahren notwendigen Informationen steht nur der Gemeinde zu. Die Regelung des § 46 EnWG selbst beinhaltet nach Auffassung der Behörden keine ausdrücklichen Informationsansprüche gegen den Altkonzessionär. Für den Zeitpunkt nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages besteht ein Anspruch des Neukonzessionärs auf Datenherausgabe gegen den Altkonzessionär. Dies betrifft Informationen, die der Neukonzessionär benötigt, um Verhandlungen insbesondere über die Bemessung der Preises der Netzüberlassung und Netzzumfang der zu überlassenen Netzanlagen sachgerecht führen zu können bzw. um das in Frage stehende Netz zu betreiben [13].

Rekommunalisierung der Strom- und Gasverteilnetze

Die Aussagen des Leitfadens sind insbesondere im Hinblick auf die Stellung der Gemeinden kritisch aufgenommen worden. Bemängelt wird, dass mit den zum Teil pauschalen Hinweisen auf „Wettbewerb“ und „Vertriebsmärkte“ einer ökonomischen Sichtweise auf Netzbetrieb und Versorgung der Vorgang eingeräumt wird, ohne das Recht auf kommunale Selbstverwaltung der Gemeinden ausreichend zu berücksichtigen [14]. Die Einschätzung des Leitfadens, dass Verteilernetze unterhalb einer gewissen Größenordnung unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen können, was wiederum zu höheren Kosten für die Netznutzer führen und den Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten hemmen könne, [15], wird als zu pauschaler Angriff auf einen kommunalen Netzbetrieb gewertet. Die damit verbundene Vorstellung, jede noch so kleine Kommune würde ein eigenes Stadtnetz gründen, entspreche nicht dem Regelfall [16].

Systementscheidung der Gemeinden

Eine der umstrittensten Fragen, die sich aus dem Leitfaden ergeben, ist sicherlich die Frage der sog. Systementscheidung: Kann die Gemeinde als Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) selbst entscheiden, ob sie den Netzbetrieb selbst bzw. durch ein von ihr gegründetes Unternehmen oder mittels eines privaten Dritten wahrnehmen wird? Dem offenbar befürchteten Trend zur Rekommunalisierung der örtlichen Verteilnetze soll der Leitfaden einen gewissen Riegel vorschieben. Nach Auffassung von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt gibt es keine dem wettbewerblichen Auswahlverfahren entzogene „Systementscheidung“ der Gemeinde. Ob die Gemeinde das Netz selbst bzw. durch ein eigenes Unternehmen oder durch einen privaten Dritten betreiben lässt, soll und muss Gegenstand eines wettbewerblichen Verfahrens sein.

Anhörung zur Rekommunalisierung

Das Bundeskartellamt hat sich in ähnlicher Weise auch bei der Anhörung zu der von der Opposition eingebrachten Gesetzesinitiative zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes bzw. zur Rekommunalisierung der Energieversorgung geäußert [17]. Eine zu starke Fragmentierung bzw. Zersplitterung der Verteilernetzlandschaft könne einen Anstieg der Netzentgelte und einen höheren Aufwand der Regulierungsverwaltung begünstigen. Zudem bestehe eine latente Miss-

brauchsmöglichkeit bei der Berechnung der Konzessionsabgaben, die bereits zu einer Reihe von Missbrauchsverfahren geführt hat.

Ob diese Befürchtungen zutreffen, ist zweifelhaft. Nicht jede Gemeinde wird zukünftig als Netzbetreiber agieren wollen, sondern sie wird sich auf sowohl rechtlich zulässige als auch wirtschaftlich sinnvolle Betätigungen beschränken. Die Gemeinde bewegt sich bei dieser „Systementscheidung“ nicht im rechtsfreien Raum. Der Betrieb des örtlichen Strom- bzw. Gasverteilnetzes stellt eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune dar. Unabhängig davon, ob sie diese Tätigkeit selbst oder durch ein von ihr gegründetes Unternehmen ausführen lassen möchte, müssen die in den Gemeindeordnungen der Länder geregelten Voraussetzungen vorliegen. Das bedeutet konkret, dass

- ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde rechtfertigen muss,
- die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf bestehen muss und
- die Gemeinde dafür Sorge tragen muss, dass Leistungen, die von privaten Anbietern in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden.

Letzteres, die sog. Subsidiaritätsklausel, ist das wichtigste Kriterium für die Zulässigkeit einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung beim Netzbetrieb. Die Gemeindeordnungen der Länder sehen hierfür regelmäßig vor, dass die Gemeinde vor der Systementscheidung Vergleichsangebote privater Dritter in Form von Interessenbekundungen einzuholen bzw. Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen anzustellen hat. Eine solche Systementscheidung vollzieht sich daher nicht ohne wettbewerblichen Vergleich.

Die Zukunft wird zeigen, ob es tatsächlich zu Streitigkeiten mit privaten Dritten bei solchen Systementscheidungen von Gemeinden kommen wird. Sie wird auch zeigen, ob die „befürchteten“ Rekommunalisierungsbestrebungen in der Praxis tatsächlich eintreten werden. Gemeinden ist jedenfalls zu empfehlen, die sich aus dem Leitfaden ergebenden Anforderungen bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen zu beachten. Zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten für das Verfahren verbleiben ihnen dennoch und können genutzt werden. Durch gut vorbereitete Verfahren mit klaren, rechtlich zulässigen Bedingungen für Bieter wird nicht nur die geforderte transparente und diskriminierungsfreie Auswahl ermöglicht, sondern tatsächlich das „Beste“ für die Gemeinde erzielt.

Licht und Schatten

Bei kritischer Würdigung des Leitfadens ergeben sich Licht und Schatten. Zu begrüßen ist, dass der Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen bei einigen praktisch sehr bedeutsamen Fragen Klarheit schafft. Dazu gehören der Umfang der an den Neukonzessionär zu überlassenen Verteilungsanlagen, die Ermittlung des Netzkaufrisikos und die den Altkonzessionär treffenden Informationsverpflichtungen. Kritisch anzumerken ist, dass gerade die zentrale Frage der Netzüberlassung als bloße Besitzverschaffung

oder als Eigentumsübertragung unbeantwortet bleibt und durch die zu Tage tretende uneinheitliche Auffassung von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt hier eher noch mehr Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Auch die Position zur Rekommunalisierung der örtlichen Verteilernetze scheint allzusehr vom Wettbewerbsgedanken geprägt und lässt eine etwas gründlichere Befassung mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht vermissen. Dennoch sind Gemeinden und andere Akteure gut beraten, sich mit den aus dem Leitfaden ergebenden Anforderungen und Orientierungshilfen vertraut zu machen, auch wenn er rechtlich nicht bindend ist.

Anmerkungen

[1] BKartA/BNetzA: Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers. Bonn 2010; Rn. 10; www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215_Leitfaden_Konzessionsrecht_BNetzA-BKartA.PDF

[2] Leitfaden, Rn. 13.

[3] EuGH, Urteil vom 10.9.2009 – Rs. C – 206/08 – WAZV Gotha.

[4] Leitfaden, Rn. 17.

[5] Vgl. auch die Bekanntmachungspflicht nach § 46 Abs. 3 EnWG.

[6] Leitfaden, Rn. 25.

[7] Leitfaden, Rn. 33.

[8] Leitfaden, Rn. 39.

[9] Leitfaden, Rn. 40.

[10] Urteil vom 16.11.1999 – KZR 12/97.

[11] Leitfaden, Rn. 44.

[12] Leitfaden, Rn. 48ff.

[13] Leitfaden, Rn. 55ff.

[14] Mitteilung StGB NRW 15/2011 vom 4.1.2011.

[15] Leitfaden, Rn. 21.

[16] GEODE: Pressemitteilung zur Veröffentlichung des gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 16.12.2010.

[17] Siehe Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drs. 17/ 5148 vom 21.3.2011, S. 8.

*RA J. Gefßner, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Sozjus, Kanzlei
Dombert Rechtsanwälte, Potsdam
janko.gessner@dombert.de*